

TEORIA POLITICA

NUOVA SERIE

ANNALI VII



Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2017

Teoría política ha sido reconocida con el Sello de Calidad de la Fundación Española para la Ciencia y la Tecnología (FECYT) y está recogida e indexada en *Dialnet*, *International Bibliography* y *Ulrichs*.



Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita de los titulares del «Copyright», bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler o préstamo públicos.

- © Los autores
- © MARCIAL PONS
EDICIONES JURÍDICAS Y SOCIALES, S. A.
San Sotero, 6 - 28037 MADRID
☎ (91) 304 33 03
www.marcialpons.es
ISSN: 0394-1248
Depósito legal: M-25.729-2011
Diseño de la cubierta: n estudio gráfico
Fotocomposición: JOSUR TRATAMIENTO DE TEXTOS, S. L.
Impresión: ELECÉ, INDUSTRIA GRÁFICA, S. L.
Polígono El Nogal - Río Tiétar, 24 - 28110 Algete (Madrid)
MADRID, 2017



Indice

| | |
|---|------------------|
| <i>In questo numero. Nei prossimi numeri. Invito a contribuer</i> | <i>pag.</i> 9 |
| <i>This issue. Next issue. Call for contributions</i> | 15 |

Populismi

Populism

| | |
|---|-----|
| Yves Mény, <i>De la frustration démocratique au populisme. Du populisme à la radicalisation droitière</i> | 23 |
| Loris Zanatta, <i>Populismi di sinistra? Il caso dell'America Latina</i> | 49 |
| Roberto Escobar, <i>Le illusioni dei maghi. Tecnocrazia e populismo</i> | 65 |
| Ida Dominijanni, <i>Fare e disfare il popolo. Un'ipotesi sul caso italiano</i> | 87 |
| Valentina Pazé, <i>Il populismo come antitesi della democrazia</i> | 111 |
| María de Guadalupe Salmorán Villar, <i>Populismo: una ideología antidemocrática</i> .. | 127 |
| Nico De Federicis, <i>Populismo, plebiscitarismo e crisi della democrazia</i> | 155 |

Squilibri di potere

Imbalance in Power

| | |
|---|-----|
| Maria Rosaria Ferrarese, <i>Gli Stati, i governi: poteri residuali?</i> | 183 |
| Claudio de Fiores, <i>Europa, Stato e sovranità dopo la Brexit</i> | 199 |

Massa e potere, oggi

Crowds and Power, Today

| | |
|---|-----|
| Leonard Mazzone, <i>Massa e potere: l'attualità di un'opera senza tempo</i> | 221 |
| Penka Angelova, <i>Crowds and Power and the Myth of Transformations. Why and for What Reason We Abandon Universal History</i> | 247 |
| Olivier Agard, <i>L'anthropologie politique d'Elias Canetti</i> | 271 |
| Luigi Alfieri, <i>La violenza di massa in Elias Canetti e René Girard</i> | 287 |

Saggi

Essays

| | |
|---|-----|
| Francesco Remotti, <i>Il nodo delle somiglianze e il destino dell'etnologia. Protagora, Erodoto, Platone</i> | 315 |
| Marcelo Torelly, <i>Domestic Rule of Law Gaps and the Uses of International Human Rights Law in Post-Atrocity Prosecutions: Argentina, Brazil, and Chile Transitional Justice Experiences</i> | 345 |
| Sara Lagi, <i>La teoria democratica di Hans Kelsen: un tentativo di storicizzazione (1920-1932)</i> | 363 |
| Michelangelo Bovero, <i>Pleonocrazia. Critica della democrazia maggioritaria</i> | 389 |

Rassegne di studi*Review Essays*

| | |
|---|-----|
| Fulvia de Luise, <i>I filosofi antichi e l'esperienza della democrazia. Tra principio di rotazione e principio di qualità</i> | 407 |
| Cesare Pianciola, <i>I classici: vicini e lontani. Come nave in tempesta di Giuseppe Cambiano</i> | 417 |

La teoria democratica di Hans Kelsen: un tentativo di storicizzazione (1920-1932)

Sara Lagi*

Abstract

Hans Kelsen's Theory of Democracy: an Attempt to Historicize

*The essay aims at historically analysing Hans Kelsen's theory of parliamentary democracy as it was developed between 1920 and 1932. I will seek to show how Kelsen elaborated a discourse on democracy which identified representative system, guarantees of civil and political rights, protection of minorities, dialectical relationship between majority and minority within the legislative body, political compromises, party pluralism and relativism as the key elements of that particular system. Unlike the two prevailing interpretative approaches to Kelsen's political thought (i.e. Political philosophy and Philosophy of Law), I will adopt the perspective of the History of Political Thought, which means that I will investigate Hans Kelsen's interpretation of the essence and value of democracy in relation to the concrete historical and political dimension he referred to. In doing so, I will seek to emphasize how Kelsen's main political works of that time are conceptually oriented against specific political targets and how, ideologically speaking, his theory of democracy has a liberal connotation. More precisely, I will argue how the first edition of *Essence and Value of Democracy and Sociology of Democracy* share a clear critique of Lenin, Bolshevism and the Soviet system, whereas the second edition seems to be more strongly oriented against the emergence of Fascism and those anti-democratic forces wanting —in his country (Austria) and also out of it— to eliminate the representative political system. In both cases, my objective is to argue that Kelsen's democratic theory should be situated within the historical-political context characterizing post-WWI Europe.*

Keywords: Democracy. Liberalism. Principle of Majority. Political Representation. Integration.

1. Hans Kelsen, giurista e pensatore politico

La decisione di accostare il nome di Hans Kelsen (1881-1973), il padre del formalismo giuridico, teorico della *Grundnorm* e della distinzione tra *Sein* e *Sollen*, ai termini storia e storicizzazione potrebbe apparire abbastanza curiosa. Una impressione che sembra confermata dalla vasta e importante letteratura nata e sviluppata negli anni attorno alla figura e alla opera del giurista. Oltre agli studi oramai classici di Norberto Bobbio, Mauro Barberis, Renato Treves,

* Università di Torino, sara.lagi@unito.it.

Vittorio Frosini, Mario G. Losano, Simone Goyard-Fabre, Agostino Carrino, Michel Troper, Robert Walter¹, negli anni recenti —limitandosi al panorama italiano— hanno preso forma nuove indagini sulla teoria giuridica e giusfilosofica di Kelsen: da Federico Lijoi che ha letto nella distinzione kelseniana tra Diritto e Morale la condizione stessa della loro pensabilità², alla nuova edizione italiana de *La Dottrina pura del Diritto* a cura di Jörg Luther e Enrico Daly³, fino alle recentissime monografie di Luigi Ferrajoli e Tommaso Gazzolo che indagano, rispettivamente, la concezione gius-politica di Kelsen alla luce della teoria costituzionalistica della democrazia e i concetti fondamentali della filosofia kelseniana del Diritto quali la norma fondamentale e il *Rechtssatz*⁴.

Il giurista, nato a Praga e viennese di adozione, è stato però anche un teorico della democrazia parlamentare e rappresentativa. Se guardiamo alle letterature su Kelsen pensatore politico emerge subito quanto il «Kelsen democratico [...] rimanga oscurato dal Kelsen teorico del diritto» e ciò appare particolarmente vero, ad esempio, nel mondo di lingua e cultura anglo-americana⁵. L'osservazione di Anna Pintore appare largamente condivisibile sebbene alcune puntualizzazioni siano doverose. In Italia, il Kelsen teorico della democrazia è stato oggetto di riflessione sia da parte di Norberto Bobbio, sia da parte di Nicola Matteucci⁶. Inoltre, dalla fine degli anni '90, grazie, ad esempio, a Mauro Barberis e Agostino Carrino⁷, sono stati riediti e quindi messi nuovamente in circolazione, i principali saggi kelseniani dedicati alla teoria democratica: le due edizioni di *Vom Wesen und Wert der Demokratie* (*Essenza e valore della democrazia*), *Das Problem des Parlamentarismus* (*Il problema del parlamentarismo*), *Foundations of Democracy* (*Fondamenti della democrazia*). Proprio al periodo compreso fra la fine degli anni '90 e i primi anni del nuovo secolo —a riprova di un rinato interesse per la teoria democratica di Kelsen— risalgono le opere di Gaetano Pecora, Raimondo de Capua, Marco Caserta che tornano a riflettere sul senso della teoria democratica e costituzionale di Kelsen⁸.

Nell'ottica di un «recupero» di Kelsen pensatore politico sono da collocarsi non solo la prima edizione inglese della seconda edizione di *Essenza e valore della democrazia*, a cura di Nadia Urbinati e Carlo I. Accetti⁹, ma anche, ad esempio, le opere di Carlos Miguel Herrera¹⁰ che si misura con la concezione giuridica e politica di Kelsen con uno sguardo rivolto al periodo weimariano, la monografia

¹ Per citare alcune opere: Bobbio, 1981a; Bobbio, 1981b; Bobbio, 2014; Carrino, 1984; Carrino, 1987; Goyard-Fabre, 1993; Barberis, 1981; Barberis, 1998; Frosini, 1988; Losano, 1966a; Losano, 1966b; Losano, 1981; Treves, 1952; Troper, 1981; Troper, 1985; Walter, 2004; Walter, 2005; Topitsch, 1982. Di più recente pubblicazione inoltre segnalo in ordine cronologico: Vinx, 2007; Bernstroff, 2015; Demiray, 2015; Langford, 2015; Chiassoni, 2016; Telman, 2016.

² Lijoi, 2013.

³ Kelsen, 2013.

⁴ Ferrajoli, 2016; Gazzolo, 2016.

⁵ Pintore, 1999: 31.

⁶ Bobbio, 1985; Bobbio, 1999; Bobbio, 2006; Matteucci, 1955. Su Bobbio interprete e lettore di Kelsen: Greco, 2000 e Portinaro, 2014.

⁷ Barberis, 1998; Carrino, 2004.

⁸ Pecora, 1995; De Capua, 2003; Caserta, 2005. Si veda inoltre: Pazé, 2014.

⁹ Kelsen, 2013.

¹⁰ Herrera, 1996; Herrera, 1997.

di Sandrine Baume su *Hans Kelsen. The Case for Democracy*, il cui obiettivo è di sistemizzare la teoria democratica di Kelsen¹¹ e l'ancor più recente studio di David Ragazzoni che torna ad analizzare Kelsen in rapporto a Schmitt e Weber relativamente al problema del parlamentarismo, del sistema partitico e della costruzione della leadership¹².

Ad uno sguardo d'insieme l'opera di Kelsen è stata quindi indagata secondo due prospettive interpretative e metodologiche prevalenti: da un lato la filosofia del Diritto e dall'altro quella della filosofia politica. Sebbene differenti, entrambi i filoni di ricerca hanno contribuito negli anni a restituirci l'immagine di Kelsen formalista nella teoria giuridica e proceduralista-formalista nella teoria democratica. A quel complesso processo di de-sostanzializzazione, che Kelsen attua relativamente al significato e al senso ultimi di Stato e sovranità, a partire dalla sua *Habilitationsschrift* del 1911 (*Die Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre der Rechtssätze, Problemi fondamentali della dottrina del Diritto pubblico*) fino alla prima *Reine Rechtslehre* (*Dottrina pura del diritto*, 1935) e contro il quale tanto scriverà, ad esempio, Hermann Heller¹³, corrisponderebbe quindi un analogo meccanismo di de-sostanzializzazione della democrazia che nell'opera kelseniana finirebbe così per trasformarsi in un insieme di procedure finalizzate alla produzione della volontà statale.

Nel mio articolo vorrei invece provare ad avvicinarmi all'opera politica di Kelsen e quindi a Kelsen pensatore democratico da una prospettiva *altra* rispetto a quella della filosofia del Diritto e della filosofia politica, ossia da quella della storia del pensiero politico. In altri termini, vorrei proporre —come del resto recita il titolo del mio intervento— una lettura della teoria democratica di Kelsen, così come essa prende forma negli anni '20 e '30, che metta in luce il rapporto e i legami tra quella stessa teoria e il contesto storico-politico in cui essa si colloca concretamente. Più precisamente, i saggi kelseniani qui presi in esame saranno le due edizioni di *Essenza e valore della democrazia* (1920; 1929)¹⁴, *Soziologie der Demokratie* (*Sociologia della Democrazia*) (1926) e *Verteidigung der Demokratie* (*Difesa della Democrazia*) del 1932¹⁵, ossia le opere con cui Kelsen si inserisce direttamente nel dibattito europeo del primo dopoguerra sul significato, le caratteristiche e i limiti della moderna democrazia¹⁶.

L'obiettivo è quindi avvicinarsi ad alcune fondamentali opere dedicate da Kelsen alla teoria democratica con gli strumenti e la sensibilità dello storico,

¹¹ Baume, 2012.

¹² Ragazzoni, 2016.

¹³ Mi sto riferendo in particolare a *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats und Völkerrechts* (1927). Su Heller critico di Kelsen e in generale su Heller, Kelsen e Schmitt interpreti della crisi weimariana cfr. il fondamentale Dyzenhaus, 2000.

¹⁴ Per brevità, d'ora in poi, la prima edizione di *Essenza e valore della democrazia* sarà indicata con l'acronimo EVD1, la seconda con EVD2.

¹⁵ Nel mio articolo farò riferimento alle ottime traduzioni italiane dei saggi kelseniani, ossia alla traduzione italiana di EVD1 contenuta nella edizione del 2004 a cura di Agostino Carrino e a quella di EVD2 contenuta nella edizione del 1998 a cura Mauro Barberis. Allo stesso modo, farò riferimento alle altrettanto ottime traduzioni in lingua italiana di *Sociologia della democrazia* e *Difesa della democrazia*, anch'esse presenti in Kelsen, 2004.

¹⁶ Mastellone, 1987: 287-291.

interessato non tanto a discutere le aporie, le contraddizioni o la attualità della concezione democratica di Kelsen —sulle quali esiste già una rilevante e ampia letteratura critica—¹⁷ quanto provare a comprendere quale possa essere la particolare finalità politica sottesa agli scritti kelseniani di quel periodo, le possibili motivazioni più propriamente politiche per le quali Kelsen decide di misurarsi con il significato di democrazia e —questione cruciale per chi si ponga dalla mia prospettiva— come si colloca la teoria democratica kelseniana nella storia del pensiero politico della prima metà del '900.

Diventerà così essenziale contestualizzare i testi kelseniani in un duplice senso: da un lato, sarà rilevante leggere questi ultimi in rapporto alle concrete sollecitazioni del tempo e del periodo storico-politico nel quale Kelsen vive ed elabora le sue opere; dall'altro sarà altrettanto utile provare e rintracciare in quegli stessi saggi riferimenti più o meno espliciti ad una certa tradizione di pensiero gius-politico risalente per comprendere in quale modo e con quali risultati egli si confronti con essa.

Pur tenendo in debita considerazione la letteratura e le prospettive di indagine prevalenti sul pensiero kelseniano e alle quali mi sono precedentemente riferita, vorrei quindi proporre una lettura volta a *storicizzare* il Kelsen pensatore politico per cercare di cogliere il significato che quella stessa teoria riveste prima di tutto all'interno del tumultuoso primo dopoguerra.

2. Dopo la fine della grande guerra: dalla prima edizione di *Essenza e valore della democrazia* a *Sociologia della democrazia* (1920-1926)

Se è vero che il Kelsen teorico della democrazia è rimasto sostanzialmente «schiacciato» dal Kelsen teorico del Diritto è altrettanto indubbio che EVD1 goda di minore popolarità rispetto alla seconda edizione, pubblicata nove anni più tardi, e che infatti rappresenta un approfondimento di concetti e temi in parte già elaborati e proposti nel 1920. Tuttavia sarebbe riduttivo leggere la prima edizione semplicemente come un testo «preparatorio» a quello «definitivo», soprattutto se ci si pone da una prospettiva tesa a storicizzare l'opera kelseniana, ossia tesa a cogliere il concreto rapporto tra essa e la realtà storico-politica. Ciò emerge con chiarezza sin dalla prima, densa pagina di EVD1 nella quale Kelsen si pone immediatamente in polemica con la «teoria neocomunista del bolscevismo» e in particolare con la «dittatura del proletariato di fronte alla quale la democrazia, come già di fronte all'autocrazia monarchica, diventa nuovamente il problema»¹⁸.

Da un punto di vista storico, EVD1 nasce quale risposta ad un avvenimento storico-politico epocale, la vittoria della Rivoluzione d'Ottobre, ed è rispetto a ciò che Kelsen si pone il problema di ridefinire l'essenza e le caratteristiche della democrazia politica e rappresentativa. Una ridefinizione che, come cercherò di mostrare, è tutt'altro che neutrale. Kelsen teorico della democrazia insiste (in

¹⁷ Ho citato una parte importante di questa nei riferimenti bibliografici forniti nelle due pagine iniziali del mio articolo.

¹⁸ Kelsen, 2004 (1920): 4.

entrambe le edizioni del suo saggio) sulla necessità di elaborare una riflessione anti-ideologica sulla natura e il senso della democrazia. Tuttavia, la sua stessa teoria democratica ha un innegabile contenuto ideologico sul quale mi soffermerò nella parte finale dell'articolo.

Nel confronto con quella forza politica e ideologica che, a suo giudizio, rende controverso il significato di democrazia, Kelsen muove anzitutto dalla distinzione tra democrazia ideale e reale: laddove la prima —secondo la definizione roussoiana— dovrebbe basarsi sulla perfetta «autodeterminazione» politica degli individui, ossia la negazione del dominio, in cui sia il principio della eguaglianza, sia quello della libertà trovano la loro perfetta realizzazione, la seconda si fonda invece sulla distinzione tra governati e governanti, sul parlamentarismo, sulla eteronomia. Nel passaggio dal piano ideale a quello reale si verifica infatti un cambiamento del significato e delle caratteristiche della democrazia, perché nella realtà —sottolinea Kelsen— esiste l'ordine sociale al quale nessuno può sottrarsi e la cui esistenza rende altamente problematica la possibilità di creare un sistema politico in cui si sia tutti eguali e tutti liberi¹⁹.

La soluzione a questo problema consiste, secondo Kelsen, nella ricerca di un compromesso tra l'aspirazione alla perfetta autodeterminazione e l'esistenza necessaria dell'ordine sociale: «Dalla negazione assoluta del dominio, e perciò dello Stato, si passa —osserva Kelsen— ad una particolare forma del dominio stesso»²⁰ e tale, particolare forma è la democrazia moderna e rappresentativa nella quale i cittadini, in possesso dei diritti fondamentali e politici, partecipano alla creazione della volontà statale attraverso la pratica parlamentare e nella quale le decisioni sono prese secondo il principio di maggioranza. Quest'ultimo poi, secondo Kelsen, può essere legittimato unicamente in base al principio di libertà, non di uguaglianza, poiché «dalla presunzione —leggiamo in EVD1— puramente negativa che uno non vale più di un altro non è lecito trarre la deduzione positiva che debba prevalere la volontà dei più. [...] Soltanto dell'idea che —se non tutti— devono essere liberi almeno il maggior numero possibile di uomini, ossia dunque che il minor numero di essi debbano trovarsi con la loro volontà in contrasto con la volontà dominante dell'ordinamento sociale —porta per una via razionale al principio di maggioranza—»²¹.

Il principio di maggioranza rappresenta quindi per Kelsen un primo limite alla democrazia ideale e per converso una delle caratteristiche essenziali della democrazia moderna. Un secondo limite altrettanto potente all'ideale di democrazia quale perfetta autodeterminazione politica, ossia quale «autogoverno del popolo», proviene dall'istituto del parlamento. Esso e la rappresentanza parlamentare sono infatti lì storicamente a testimoniare, secondo Kelsen, come e quanto sia impossibile la democrazia diretta ma anche quanto sia «fittizia» l'idea —altresì popolare in tutti gli ordinamenti democratici— secondo la quale il parlamento sarebbe da intendersi «organo del popolo»²². In una lunga nota al testo

¹⁹ *Ibidem*: 4-6.

²⁰ *Ibidem*: 5.

²¹ *Ibidem*: 11.

²² *Ibidem*: 20-21.

Kelsen spiega infatti che, a suo giudizio, il parlamento deve essere inteso prima di tutto come «organo dello Stato» e non «organo del popolo»²³.

La definizione kelseniana è tutt'altro che marginale. Essa costituisce, a mio avviso, uno dei nodi concettuali principali del testo del 1920 e ciò emerge chiaramente se pensiamo che soltanto nove anni prima, nella sua *Habilitationschrift*, egli ha affermato il principio esattamente opposto, ossia che il parlamento è da intendersi quale «organo della società»²⁴. Nell'opera del 1911 —in aperta opposizione alla dottrina giuridica di Georg Jellinek (e non solo)— Kelsen riafferma l'importanza e la centralità del corpo sociale nel processo di creazione della volontà statale²⁵.

Una centralità che, sebbene in maniera non sistematica, sembra cominciare timidamente a prendere forma già in uno suo scritto del lontano 1907, *Wählerlisten und Reklamsrecht (Liste elettorali e diritto di reclamo)*, nel quale il giovane giurista afferma che il diritto di voto —a differenza, ad esempio, di quanto teorizzato nella *Staatslehre* jellenikiana—²⁶ deve essere inteso come il diritto dell'elettore a veder rappresentato il proprio interesse, la propria visione, poiché «il deputato non è solo organo collettivo, ma innanzitutto rappresentante di interessi sociali di parte»²⁷.

Soltanto però nel 1911 Kelsen individuerà esplicitamente un nesso profondo tra realtà sociale e ordinamento giuridico²⁸. Alla luce di una ridefinizione della volontà statale come «centro di imputazione» al quale devono essere ascritte azioni che, in virtù di determinate proposizioni giuridiche, valgono come azioni dello Stato, ossia sulla base di una separazione netta tra volontà statale e qualsiasi «fatto psicologico di volontà», Kelsen si chiede nella sua *Habilitationschrift* chi concretamente determini il contenuto di quella stessa volontà: «Deve necessariamente esserci un punto —scrive Kelsen— in cui la corrente della vita sociale penetra nuovamente nel corpo statale, un luogo di passaggio dove gli elementi amorfi della società trapassano nelle forme fisse dello stato e del diritto. È il luogo dove costumi e morale, dove interessi economici e interessi religiosi diventano “proposizioni giuridiche” (ovverosia, *norme*), contenuto della volontà statale: l'atto legislativo. Così il processo di formazione della volontà statale è per così dire il cordone ombelicale che lega durevolmente la forma dello stato al grembo materno della società»²⁹.

La produzione della volontà statale è affidata al parlamento che deve essere quindi correttamente inteso come «organo della società» poiché «nessuno degli atti che appartengono alla legislazione, e neppure il processo della sua totalità

²³ *Ibidem*: 21.

²⁴ Kelsen, 1997 (1911): 460.

²⁵ Su questo aspetto si veda Fioravanti, 1987: 51-104, e in generale, relativamente alla tradizione giuridica tedesca della seconda metà dell'800 sempre Fioravanti, 1978.

²⁶ Si veda a proposito Jellinek, 1892. Sul tema rimandiamo inoltre a Costa-Zolo, 2002: 272 ss. e Bobbio, 2014: 199 ss.

²⁷ Kelsen, 2007 (1907): 301.

²⁸ Sul cambiamento che avviene nella interpretazione kelseniana del parlamento tra la monografia del 1911 dedicata al diritto pubblico e EVD1 mi permetto di rinviare a Lagi, 2007.

²⁹ Kelsen, 1997 (1911): 460.

può valere come funzione dello stato»³⁰. Come osserva opportunamente Horst Dreier, in questo modo, «la produzione legislativa si colloca al di fuori della sfera giuridica» e si ricollega, torna alla società³¹.

Da un punto di vista della storia del pensiero politico, contestualizzare la *Habilitatinschrift* e EVD1 sembra offrirci alcune possibili risposte a tale cambiamento di prospettiva. Come ci ricorda la letteratura, nell'opera del 1911, il giovane giurista è essenzialmente impegnato nella critica alla tradizione giuridica di lingua tedesca a lui precedente, incarnata da C. F. von Gerber, Paul Laband e soprattutto da Georg Jellinek³².

Contro quella stessa tradizione, e in particolare contro l'idea dello Stato quale persona giuridica, dotato di volontà, produttore di Diritto, rispetto al quale il parlamento è esso stesso un «organo»³³, Kelsen concepisce lo Stato nei termini di un ordinamento giuridico, insieme ordinato di norme, iniziando sia sul piano metodologico, sia su quello contenutistico una complessa operazione di purificazione della scienza giuridica³⁴.

Muovendo da questa prospettiva Kelsen individua nella società, nei cittadini che la compongono la fonte del contenuto della produzione legislativa. Egli può così affermare che: «Già l'uso linguistico ingenuo imputa tutti gli atti facenti parte della legislazione ai singoli esseri umani e corporazioni che pongono in essere questi atti e non allo stato [...] e l'uso linguistico coglie sicuramente nel segno!»³⁵.

In tal senso, la ridefinizione del concetto di Stato nei termini di ordinamento giuridico sembra permettere a Kelsen di recuperare e valorizzare con forza il ruolo della società. Tuttavia, proprio in EVD1 avviene un cambiamento di prospettiva e di contenuto di grande rilievo: «La finzione della rappresentanza del popolo —osserva infatti Kelsen nel 1920— a mezzo del Parlamento ha evidentemente una ragione politica. Il dogma della sovranità popolare attribuisce al popolo [...] anche il potere legislativo. La finzione della rappresentanza salva l'apparenza di questo dogma anche dopo che la divisione del lavoro ha delegato il potere legislativo ad un apparato speciale»³⁶.

La diversa definizione del parlamento e della rappresentanza parlamentare che intercorre tra il 1911 e il 1920 è particolarmente interessante proprio perché essa si esplicita con forza in un saggio, come quello del '20, dedicato alla teoria democratica piuttosto che in una opera di pura teoria giuridica. In una prospettiva di storia del pensiero politico, una possibile spiegazione potrebbe risiedere nella logica stessa del testo in rapporto alla finalità politica anti-bolscevica e anti-sovietica che Kelsen dichiara nelle pagine iniziali di EVD1. Kelsen

³⁰ *Ibidem*: 457.

³¹ Dreier, 1986: 41-42.

³² Costa-Zolo, 2002: 210 ss. Sulla critica di Kelsen alla tradizione giuspositivistica incarnata da Jellinek si veda, ad esempio, Kelsen, 1997 (1911): 506-537 e poi 772-774.

³³ Fioravanti, 1978: 201-307.

³⁴ Sulla dottrina pura del diritto: Losano, 1966a; Losano, 1966b e Losano, 1981: 125-137.

³⁵ Kelsen, 1997 (1911): 458.

³⁶ Kelsen, 2004 (1920): 21.

insiste a lungo sulla «finzione della rappresentanza del popolo» e in ciò egli sembra avvicinarsi alla analoga polemica che, tra la fine dell'800 e gli inizi del '900, è stata condotta dall'elitismo classico³⁷. A mio giudizio, l'aspetto «elitistico» che caratterizza la concezione democratica di Kelsen, e che si accompagna —come sottolineato da Mauro Barberis—³⁸ ad una visione realistica che «mira a mostrare la distanza che corre tra realtà politica e ideologia», ha sì un valore teorico autonomo ma dovrebbe essere interpretato anche in rapporto alla critica che Kelsen muove contro l'esperimento sovietico e la dottrina politica di Lenin³⁹.

Kelsen si riferisce essenzialmente al Lenin di *Stato e Rivoluzione* (1918) e al Marx della *Guerra civile in Francia* (1871)⁴⁰, ossia a due scritti che sono accomunati, secondo il giurista, dalla medesima e feroce critica contro il parlamentarismo e, a suo giudizio, favorevoli invece alla «democrazia pura»⁴¹. Appare immediatamente chiaro quanto ideologica e limitante sia la lettura che Kelsen dà di due opere e figure tanto complesse e tuttavia la sua lettura ci appare ricca di implicazioni. Nel sistema dei Soviet, nato in seguito alla Rivoluzione d'Ottobre, Kelsen legge il tentativo di dare vita ad una democrazia vera, «pura», capace di tramutare in realtà quella aspirazione al superamento della (odiata) pratica parlamentare che egli ravvede nella teoria «neo-comunistica» di Lenin, o meglio del Lenin di *Stato e Rivoluzione*: «La breve durata del mandato, la possibilità di revocare in qualunque momento i deputati inviati dal popolo nei diversi Soviet la conseguente loro completa dipendenza dagli elettori, infine il contatto intimo con questi ultimi [...] tutto questo è democrazia pura»⁴².

Nel sistema sovietico Kelsen intravede un tentativo lodevole di democrazia «pura», ossia «diretta» che però, a suo giudizio, si infrange e fallisce nella misura in cui il sistema dei Consigli russi gli appare come una complessa rete di organismi rappresentativi: «In luogo di un parlamento unico, nato dalle elezioni generali, troviamo tutto un sistema di innumerevoli parlamenti sovrapposti a piramide, che si chiamano consigli ma che altro non sono che organismi rappresentativi»⁴³.

Lungi dall'aver superato il meccanismo della rappresentanza, il sistema sovietico, per Kelsen, ha finito per originare una vera e propria «ipertrofia del parlamentarismo» e ciò, a suo giudizio, è anzitutto la conseguenza pratica del tentativo di dare vita ad una «democrazia diretta nei grandi Stati economicamente e culturalmente progrediti»⁴⁴.

³⁷ Kelsen cita due dei maggiori rappresentanti dell'*elitismo* classico, Robert Michels e Vilfredo Pareto in EVD2: Kelsen, 1998 (1929): 71, 85-86. A testimonianza che egli conosce l'opera di questi pensatori.

³⁸ Barberis, 1998: 35.

³⁹ Kelsen, 1998 (1929): 20-22.

⁴⁰ Vorrei sottolineare che proprio nel 1920 —ed è lo stesso Kelsen a ricordarlo in una nota del suo testo— egli si occupa della concezione politica ed economica del marxismo in *Sozialismus und Staat* (*Socialismo e Stato*). Kelsen, 2004 (1920): 37.

⁴¹ *Ibidem*: 22.

⁴² *Ibidem*: 22-23.

⁴³ *Ibidem*: 25.

⁴⁴ *Ibidem*: 25.

C'è un esplicito riferimento in tutta EVD1 alla lezione weberiana, ossia alla connessione tra l'affermarsi della democrazia indiretta e la «divisione del lavoro» tipica delle società complesse⁴⁵.

Il Kelsen che scrive EVD1 è influenzato da Weber ed è attraverso tale influenza —oltre che attraverso la sua personale presa di posizione contro il cosiddetto «neo-comunismo»— che egli sembra leggere criticamente il progetto sovietico. Al contempo, mi sembra che le riflessioni sulla democrazia sovietica debbano essere lette anche in rapporto al concetto di parlamento quale «organo dello Stato» piuttosto che del popolo. Nella definizione di parlamento come «organo dello Stato», nella critica al «dogma» della rappresentanza parlamentare e al suo carattere «fittizio» c'è, a mio giudizio, un chiaro tentativo da parte di Kelsen, giurista e pensatore politico, di ribadire che *nella realtà* è possibile solo e soltanto la democrazia indiretta, che qualsiasi autogoverno del popolo è irrealizzabile, che ci si può approssimare alla democrazia ideale ma non la si può tramutare in realtà, che qualsiasi progetto di dare vita ad una vera democrazia sarà destinato a fallire perché condannato a ricadere in forme organizzative di tipo rappresentativo che, in quanto tali, rappresentano lo Stato e non il popolo. Da una prospettiva di storia del pensiero politico, la nuova definizione di parlamento che interviene nell'opera del 1920 potrebbe essere letta come il presupposto teorico necessario ad una analisi e ad una difesa della democrazia parlamentare elaborate anzitutto *contro* il modello sovietico, così come questo viene interpretato da Kelsen.

Il limite più grave del sistema dei Soviet non consiste però, secondo Kelsen, nella incapacità di superare con successo la logica rappresentativa ma nella negazione di quello che egli ritiene uno dei principi essenziali di ogni democrazia parlamentare, ossia l'eguaglianza dei diritti politici: «Nel momento in cui la costituzione consiliare costituisce il proletariato come una classe politicamente privilegiata di cittadini, anzi l'unica che goda dei diritti politici, limitando a questo solo gruppo i principi della democrazia radicale [...] le argomentazioni a favore della Costituzione dei Consigli si avvicinano a certe ideologie in apparenza da tempo superate»⁴⁶.

In particolare, secondo Kelsen, «il sistema dei Consigli annullando il principio democratico [...] rinunciando cioè alla universalità dei diritti, ha aperto la via ad un ritorno di forme pre-democratiche di organizzazione, alla resurrezione della costituzione per ceti»⁴⁷.

L'analogia che il giurista stabilisce tra la rappresentanza di tipo sovietico e la costituzione per ceti è carica di concretezza storica: Kelsen è stato cittadino dell'Impero Austro-ungarico, dove a lungo è rimasto in vigore un sistema elettorale di tipo cetuale, il cosiddetto «Kuriensystem», almeno fino al 1907 quando

⁴⁵ In EVD1 Kelsen si richiama più di una volta a Max Weber e in particolare a *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland* del 1918. Su Kelsen e Weber, oltre a Bobbio, 2014: 199-211, il recente Bryan-Langford-McGarry, 2016: 21-97.

⁴⁶ Kelsen, 2004 (1920): 40.

⁴⁷ *Ibidem*: 40. In EVD1 Kelsen non si riferisce solo al sistema dei Soviet ma anche ai Consigli degli Operai e dei Soldati che nascono in Austria e in Germania sul finire del conflitto mondiale. A tal proposito: *Ibidem*: 41.

viene introdotto il suffragio universale maschile per l'elezione del Parlamento Imperiale (Reichsrat)⁴⁸. Secondo Kelsen, qualsiasi forma di rappresentanza cetuale non solo nega uno dei capisaldi della democrazia moderna, la eguaglianza dei diritti politici, ma si rivela peraltro inefficiente in termini decisionali. L'organizzazione per ceti è, per Kelsen, farraginoso, lento, con una marcata tendenza alla «dissolvenza» e alla conflittualità. Per questo motivo egli contrappone ad essa il sistema democratico-parlamentare basato sul principio di maggioranza, non solo in nome di una scelta valoriale a favore della eguaglianza dei diritti politici ma anche perché in esso riconosce la capacità di «garantire una certa integrazione della società statale» con «la massima semplicità possibile di organizzazione»⁴⁹.

La connessione tra principio di maggioranza, integrazione e critica alle rappresentanze non politiche, come quella cetuale, costituisce —come vedremo nel prossimo paragrafo— uno dei temi più importanti che accomuna le due edizioni di EVD. È il principio di maggioranza che, secondo Kelsen, contribuisce a quel fenomeno di integrazione in base al quale, se non tutti, almeno la maggioranza dei cittadini non avverte in maniera così pressante l'eteronomia dell'ordine sociale: la democrazia rappresentativa, così come è concepita da Kelsen, appare così nella sua natura di avvicinamento all'ideale democratico.

A tale proposito, Luigi Ferrajoli critica opportunamente Kelsen per non aver saputo giustificare in maniera davvero convincente e coerente la democrazia moderna e rappresentativa quale approssimazione a quella ideale, nella misura in cui il giurista viennese finirebbe per ripiegare «su di una fondazione quantitativa della democrazia politica quale massimizzazione della libertà politica assicurata dal principio di maggioranza» con il rischio —per Ferrajoli tutt'altro che astratto— di creare «un grado di omologazione disciplinare del corpo sociale» così elevato da risultare «opposto all'idea kelseniana della democrazia basata sul pluralismo e sul conflitto»⁵⁰.

La critica di Ferrajoli è condivisibile ma essa sembra trascurare un aspetto tutt'altro che irrilevante per chi si avvicina a Kelsen dalla prospettiva della storia del pensiero politico, ossia il carattere *liberale* della concezione democratica di Kelsen. Il riconoscimento del principio di maggioranza quale strumento di approssimazione all'ideale democratico non si trasforma mai nell'opera di Kelsen in una fiducia totale e acritica nei confronti della maggioranza. Richiamandosi proprio ad uno dei principi cardine della tradizione liberale⁵¹, Kelsen parla apertamente di «tirannia della maggioranza» che —proprio e soprattutto in democrazia— è necessario saper prevenire: «I diritti fondamentali —scrive Kelsen— diventano un requisito essenziale di ogni costituzione democratica. Essi servono soprattutto come baluardo contro gli abusi del potere, abusi che non sono affatto più temibili da parte di un monarca assoluto che non della maggioranza, di questa regina della democrazia»⁵². Kelsen è consapevole del pericolo della tirannia

⁴⁸ Brauner, 1992: 157 ss.; lo stesso Kelsen, 1907: 1 ss.

⁴⁹ Kelsen, 2004 (1920): 41.

⁵⁰ Ferrajoli, 2016: 218-219.

⁵¹ De Ruggiero, 2003 (1925); Manning, 1976; Bedeschi, 2005; Matteucci, 2005.

⁵² Kelsen, 2004 (1920): 17.

della maggioranza ed esprime tale consapevolezza con una considerazione dal sapore tocquevilliano, sebbene in nota —curiosamente— egli non si riferisca al padre de *La democrazia in America*, bensì ad un giurista svizzero Wilhelm Hasbach, autore di *Die Moderne Demokratie* (1912)⁵³.

Il parlamento che Kelsen immagina deve dare ampio spazio alla minoranza, in generale alla pluralità di voci, perché solo così, a suo giudizio, sarà estremamente difficile per la maggioranza imporre unilateralmente la propria volontà. In EVD1 è presente il problema, profondamente centrale per tutto il liberalismo moderno, di saper *limitare il potere*. Si può discutere su quanto sia debole e imperfetta la soluzione che Kelsen delinea per raggiungere tale traguardo ma, da una prospettiva di storia del pensiero politico, è altresì centrale riconoscere che egli si è posto questo tipo di problema. Accanto alla giustificazione in chiave liberale della protezione della minoranza, Kelsen ne delinea anche una di tipo più schiettamente democratico. La ampia rappresentanza che, a suo giudizio, si otterrebbe con il sistema proporzionale costringerebbe infatti la maggioranza al compromesso e le leggi così prodotte garantirebbero una migliore approssimazione alla autodeterminazione politica.

La democrazia politica che delinea Kelsen nel saggio del 1920 è dunque parlamentare, rappresentativa, fondata sulla eguaglianza politica, sul rispetto della minoranza e sul principio di maggioranza. In particolare su quest'ultimo aspetto Kelsen tornerà a riflettere in EVD2 e prima di allora in un breve scritto del 1926 *Sociologia della democrazia*, che si caratterizza nuovamente per la critica nei confronti del cosiddetto «neo-comunismo» e in senso lato della teoria marxista, testimoniando quindi, con tutta la forza della evidenza storica e testuale, la centralità di questo tema nell'opera politica kelseniana del primo dopoguerra⁵⁴.

Con una argomentazione pressoché identica a quella elaborata in EVD1, anche nel saggio del 1926 Kelsen ravvede nella teoria marxista la volontà forte e decisa di eliminare «il principio di maggioranza quale fondamento della democrazia»; una volontà che, a suo giudizio, è espressione di un progetto teorico-politico basato sull'uso della «violenza rivoluzionaria» quale strumento per superare «il conflitto di classe» piuttosto che su di un «componimento pacifico» che —per Kelsen— è possibile solo all'interno di una logica «democratico-compromissoria», tipica della democrazia parlamentare⁵⁵: «È la democrazia il punto di quiete —osserva Kelsen nel '26, richiamandosi evidentemente a EVD1— cui il pendolo politico sempre oscillante verso la destra e la sinistra deve necessariamente sempre tornare. E se ciò che conta, come proprio la critica marxista della cosiddetta democrazia borghese sottolinea energicamente, sono gli effettivi rapporti di forza, allora è la forma politica democratica, con il suo principio di maggioranza e minoranza [...], l'espressione vera della società odierna, essenzialmente divisa in due classi. E se c'è in generale una forma che offre la possibilità di

⁵³ *Ibidem*.

⁵⁴ A tale proposito è da ricordare che nel 1923 Kelsen pubblica la seconda edizione, ampliata di *Sozialismus und Staat*.

⁵⁵ Kelsen, 2004 (1926): 75-76.

non spingere su una via cruenta e rivoluzionaria fino alla catastrofe questo forte contrasto, [...] questa è la forma della democrazia parlamentare»⁵⁶.

Dal punto di vista della storia del pensiero politico, è interessante osservare come sia in EVD1, sia in *Sociologia della Democrazia*, Kelsen si rapporti criticamente verso l'esperienza sovietica e la teoria marxista. Egli cerca di argomentare le sue riflessioni in maniera neutrale, scientifica, con il piglio di chi sa sempre distinguere l'ideale dalla realtà. Al di là di questa sua personale pretesa e della condivisibilità o meno dei rilievi da lui espressi, ciò che mi pare interessante è osservare altresì come quelle stesse riflessioni che riguardano l'*essenza e il valore* della democrazia prendano forma e acquisiscano sostanza, in buona parte, contro un obiettivo politico e polemico ben definito che però, come cercherò di dimostrare nel seguente paragrafo, muterà proprio sul finire degli anni '20.

3. Hans Kelsen teorico della democrazia all'alba dei moderni regimi totalitari: la seconda edizione di *Essenza e valore della democrazia* (1929)

Il primo dopoguerra in Europa fu caratterizzato dallo sviluppo non solo di movimenti anti-sistema di destra e di sinistra ma anche da un acceso dibattito sul significato e i limiti della democrazia e del liberalismo. In EVD1 Kelsen cita *Stato e Rivoluzione* di Lenin, ossia un'opera in cui il Leader bolscevico oppone alla «democrazia borghese», la «democrazia proletaria», ma a sua volta il saggio di Lenin si inserisce in un contesto più ampio caratterizzato dallo sviluppo di prospettive teorico-politiche e ideologiche che, pur nella loro diversità, sono ugualmente orientate a mettere in luce le contraddizioni, le storture e i problemi della democrazia rappresentativa: da Osvald Spengler con il suo *Der Untergang des Abendlandes* (1918) agli «elitisti» quali Pareto e Michels, dai nazionalisti italiani come Alfredo Rocca ai «weimariani» Korsch e soprattutto Carl Schmitt che, negli anni '20 e '30, è per molti aspetti l'anti-Kelsen per eccellenza e che proprio nel normativismo giuridico kelseniano vede l'aspirazione e la degenerazione del liberalismo moderno⁵⁷: la democrazia parlamentare, la rappresentanza parlamentare e politica sono attaccate da più fronti. Se, da un punto di vista storico-politico, in EVD1 Kelsen elabora una teoria della democrazia politica in evidente contrapposizione al sistema sovietico e al «neocomunismo», nove anni più tardi il giurista si misura nuovamente con la *essenza e valore* della democrazia pubblicando la edizione ampliata e rivista del saggio apparso nel 1920.

Ad uno sguardo generale le due opere sembrano pressoché identiche nella loro struttura e nelle loro linee contenutistiche fondamentali. Tuttavia intervengono due cambiamenti per me rilevanti: nella «Introduzione» alla edizione del '29, pur citando nuovamente la «dittatura del proletariato» e la «dottrina neocomunistica» quali movimenti e forze che insorgono contro la democrazia parlamentare, Kelsen si riferisce apertamente e principalmente ai movimenti anti-sistema di destra, alla borghesia conservatrice e reazionaria: «La forte pres-

⁵⁶ *Ibidem*: 76.

⁵⁷ Schmitt, 1928.

sione —scrive Kelsen— che questo movimento del proletariato esercita sullo spirito e la politica in Europa, porta anche la borghesia [...] ad un atteggiamento antidemocratico. Questa reazione trova espressione sia teorica che pratica nel fascismo italiano»⁵⁸.

Nel '29 Kelsen difende con ancora più forza la rappresentanza parlamentare e il principio di maggioranza contro la nascita non solo della dittatura fascista, ormai al potere in Italia dal 1922, ma, nello specifico, contro quei movimenti e quelle forze reazionarie che chiedono di sostituire la rappresentanza parlamentare con una di tipo corporativo. A tale questione Kelsen dedica una ampia riflessione che, se collocata nel contesto storico-politico nel quale prende forma EVD2, acquisisce nuovo spessore. In EVD2, Kelsen attacca la rappresentanza professionale e quei conservatori che chiedono la sostituzione del «parlamentarismo democratico con una organizzazione corporativa» e nel fare ciò egli ripropone una serie di considerazioni che ha già precedentemente sviluppato in un saggio del '24 *Das Problem des Parlamentarismus (Il problema del parlamentarismo)*⁵⁹. Affrontare questo tipo di problema alla fine degli anni '20 è per Kelsen questione tutt'altro che meramente «accademica». Dalla metà degli anni '20 la Repubblica d'Austria (e non solo), dove Kelsen vive e insegna e alla cui fondazione egli ha partecipato, offrendo un contributo decisivo alla creazione della nuova Corte costituzionale⁶⁰, appare sempre più debole e instabile: le forze conservatrici, quali i Nazionalisti e i Cristiano-sociali, questi ultimi appoggiati da ampi strati della Chiesa, conducono una doppia battaglia politica: da un lato stanno cercando di isolare sempre più la opposizione socialdemocratica e dall'altro di neutralizzare la Corte costituzionale della quale lo stesso Kelsen fa parte⁶¹.

Contrariamente alla immagine di aligido normativista, proprio nel 1929, il giurista dimostra il suo profondo interesse per la realtà politica del suo paese con alcuni brevi scritti, fra i quali quello più dichiaratamente politico è *Der Drang zur Verfassungsreform (Le spinte alla riforma costituzionale)*. Kelsen vi descrive le linee essenziali del progetto di riforma costituzionale avanzato al tempo dai Cristiano-sociali, una di queste —ricorda Kelsen— è la introduzione di una «camera corporativa»⁶². Sul piano politico, alla riforma è sotteso, a suo giudizio, un chiaro obiettivo: «Combattere contro il parlamentarismo e il governo parlamentare», introdotti dalla Costituzione federale del 1920 poiché, come egli ricorda, nell'Austria della fine degli anni '20 si è venuta a creare una situazione quasi paradossale per la quale i socialdemocratici risultano una forza decisiva nell'organo parlamentare, laddove l'Esecutivo è sostanzialmente nelle mani dei conservatori. Questi ultimi ambiscono, secondo Kelsen, a raggiungere in ambito legislativo lo stesso livello di potere che hanno ottenuto in quello esecutivo, «limitando o perfino eliminando il sistema di rappresentanza parlamentare». È in questa ottica

⁵⁸ Kelsen, 1998 (1929): 44.

⁵⁹ Kelsen, 1998 (1924). Nelle parti dedicate alla analisi del parlamento e del parlamentarismo presenti in EVD2, Kelsen rielabora e amplia gran parte delle riflessioni già formulate cinque anni prima in *Il problema del parlamentarismo*.

⁶⁰ Si veda a proposito, Kelsen, 2008.

⁶¹ Su questo tema si veda Rusconi-Cazzola, 1988, e Kelsen, 2008: 113-119.

⁶² Kelsen, 1981 (1929): 54.

che, a suo giudizio, è anzitutto da collocarsi la richiesta di una «camera a rappresentanza corporativa»⁶³. Contro di essa Kelsen prende una posizione esplicita e politica in EVD2 e fa ciò analizzando le caratteristiche e il funzionamento del parlamento e del parlamentarismo. Egli constata anzitutto una vera e propria «crisi» del parlamentarismo che da «simbolo di libertà politica» si è trasformato in un simbolo di inefficienza e oppressione⁶⁴.

La questione fondamentale per Kelsen è rendere l'istituto del parlamento e la pratica parlamentare all'altezza delle sfide poste dal tempo. Per fare ciò è necessario, a suo giudizio, comprendere l'essenza del parlamentarismo che, in maniera analoga a quanto osservato in EVD1, è il «compromesso fra l'idea semplicistica di libertà politica e il principio della differenziazione del lavoro»⁶⁵.

Come già osservato in EVD1, in polemica con l'idea che il sistema sovietico rappresenti un superamento effettivo del parlamentarismo, anche in EVD2 Kelsen afferma —weberianamente— che «in un corpo sociale tecnicamente evoluto si forma accanto ad un organo per il governo [...] un organo particolare, anzi collegiale, per la legislazione»⁶⁶.

Da questa considerazione Kelsen sviluppa il suo ragionamento sul parlamentarismo seguendo, a mio avviso, due direzioni, una delle quali è strettamente legata alla realtà politica del suo tempo. Prima di tutto, egli indica alcuni possibili rimedi volti a riformare in senso «maggiormente democratico» il parlamentarismo per poter così efficacemente controbattere a chi in quel periodo vede nel parlamento un organo distante dai cittadini. Nello specifico, Kelsen attribuisce un grande rilievo in senso democratico al referendum, alla iniziativa popolare, alla eliminazione dell'immunità parlamentare, definita «un privilegio che risale all'epoca della monarchia feudale, vale a dire all'epoca in cui l'opposizione tra parlamento e governo regio era la più accanita»⁶⁷.

Un rafforzamento dell'elemento democratico, auspicato in queste pagine dal giurista, non deve essere inteso però come il superamento tra democrazia ideale e reale, come la realizzazione della democrazia ideale, bensì come una maggiore approssimazione a quello stesso ideale che, secondo lui, potrebbe contribuire ad arginare la sfiducia dei cittadini verso il corpo legislativo. Tuttavia, nell'ottica di una riflessione critica sul meccanismo parlamentare, Kelsen si confronta con chi nella sua epoca (e nel suo paese) propone una rappresentanza di tipo corporativo da affiancare a quella politica con l'obiettivo di poter così conseguire tutte quelle «cognizioni tecniche necessarie a fare delle buone leggi nei diversi campi della vita pubblica» o, in maniera più radicale, con la quale sostituire quella politico-parlamentare⁶⁸.

La replica di Kelsen non è interessante solo perché ripropone alcuni dei principi fondamentali della sua teoria democratica, ma anche —e per me soprattutto—

⁶³ *Ibidem*: 54.

⁶⁴ *Ibidem*: 73-75.

⁶⁵ *Ibidem*: 79.

⁶⁶ *Ibidem*: 80.

⁶⁷ *Ibidem*: 80.

⁶⁸ *Ibidem*: 93.

to— perché, da un punto di vista della storia del pensiero politico, può essere considerata una presa di posizione politica ben precisa da parte del giurista contro la deriva conservatrice e reazionaria già ampiamente in atto nel suo paese. Kelsen indica i principali limiti legati alla rappresentanza corporativa quale strumento di formazione della volontà statale e, a ben guardare, tali limiti richiamano alla mente, in parte, quelli che in EVD1 egli ha attribuito al sistema dei Soviet⁶⁹.

Qualsiasi organizzazione corporativa tenderebbe, secondo Kelsen, ad una estrema differenziazione e conflittualità, poiché «l'idea corporativa viene realizzata soltanto se il gruppo professionale si fonda su di una perfetta comunione di interessi» e «fra i diversi gruppi professionali esiste, per natura, non una comunione ma un conflitto di interessi. Questo conflitto si inasprisce ancor di più con l'organizzarsi degli interessi comuni nei singoli gruppi professionali»⁷⁰.

A ciò si aggiunge, secondo Kelsen, un altro problema altrettanto fondamentale, ossia la impossibilità materiale che tutte le questioni siano da considerarsi di interesse esclusivo dei membri dei singoli gruppi. Esisteranno necessariamente, osserva Kelsen, questioni che «non possono essere considerate puramente interne» e quelle potranno essere affrontate e risolte soltanto «uscendo» dalla logica della rappresentanza corporativa, ossia ricorrendo o «ad un parlamento eletto democraticamente [...] o ad un organo di carattere autocratico»⁷¹. Soltanto in questo modo infatti, secondo Kelsen, si potrà giungere a quella integrazione (democratica nel caso del sistema parlamentare, dispotica e quindi antidemocratica nel caso della autocrazia) che proprio la «organizzazione corporativa non può offrire», perché caratterizzata da una «fortissima tendenza alla differenziazione»⁷².

Riemerge quindi il problema —già evidente e centrale in EVD1— della integrazione: l'organizzazione corporativa tende alla differenziazione e al conflitto e, a testimonianza di ciò, secondo Kelsen, essa «ha sempre rappresentato la forma in cui uno o più gruppi hanno cercato di dominare sugli altri; sicché si può presumere, non senza qualche ragione, che la rivendicazione, già recentemente formulata, di una organizzazione professionale, manifesta non tanto la necessità di una partecipazione organica, vale a dire equa, di tutti i gruppi professionali alla formazione della volontà dello Stato, quanto piuttosto l'avidità di potere di determinate cerchie di interessi ai quali la costituzione democratica sembra non offrire occasioni di successo politico»⁷³.

Se non tenessimo in debita considerazione il contesto storico-politico nel quale Kelsen pubblica EVD2, il senso storico-politico del passo appena riportato andrebbe in larga parte perso. In queste pagine egli non solo torna a riflettere su quella che egli considera l'essenza della democrazia politica ma, più concretamente, prende una posizione politica personale, poiché accusa esplicitamente

⁶⁹ La critica al sistema sovietico è presente anche in EVD2. L'impressione è che nel '29 Kelsen tenda a sottolineare con maggiore forza il carattere corporativo dei Consigli russi.

⁷⁰ Kelsen, 1998 (1929): 96.

⁷¹ *Ibidem*: 97.

⁷² *Ibidem*: 97.

⁷³ *Ibidem*: 99. Questa è esattamente lo stesso tipo di riflessione che Kelsen ha già delineato in *Le spinte alla riforma costituzionale*.

la borghesia di «reclamare un'organizzazione professionale proprio quando si manifesta la possibilità che il proletariato, finora in minoranza, diventi maggioranza». Sembra quasi che Kelsen stia accusando la borghesia di ipocrisia e «incoerenza»: essa è stata a lungo fautrice della classica rappresentanza parlamentare fintantoché i sistemi elettorali censitari sono stati in grado di tagliare fuori il proletariato dalla arena politica, per poi cambiare completamente posizione nel momento in cui i rapporti di forza hanno cominciato a rivelarsi per essa altamente svantaggiosi⁷⁴.

Alla rappresentanza corporativa e alle sue implicazioni politicamente più pericolose e sinistre, Kelsen contrappone quella parlamentare basata sul principio di maggioranza, inteso —proprio come in EVD1— quale strumento di integrazione del corpo sociale. Tuttavia, l'impressione è che in EVD2 Kelsen dedichi a questo aspetto, peraltro così centrale nella sua teoria democratica, una maggiore attenzione. Con più incisività rispetto a EVD1, egli sottolinea infatti quanto il principio maggioritario sia utile a combattere e impedire il «dominio di classe», poiché tale principio presuppone, «nell'ambito del parlamentarismo» e di un sistema democratico, l'esistenza di una minoranza: «La maggioranza, infatti —scrive Kelsen— presuppone per definizione l'esistenza di una minoranza e, in conseguenza, il diritto della maggioranza presuppone il diritto all'esistenza di una minoranza»⁷⁵. Ma quest'ultimo, concretamente, è, per Kelsen, «funzione essenziale dei cosiddetti diritti fondamentali» garantiti dalle costituzioni dei sistemi democratico-parlamentari. Nella storia, quei diritti si sono trasformati da strumenti di protezione dell'individuo contro lo Stato in strumenti di protezione «della minoranza contro la maggioranza puramente numerica»⁷⁶.

Emerge tuttavia quanto nella teoria politica e democratica di Kelsen manchi la proposta di una difesa *ad hoc*, forte dei diritti fondamentali. La protezione di questi ultimi, così come del rapporto rispettoso tra maggioranza e minoranza, è affidata e ricondotta da Kelsen alla pratica parlamentare, alla vita parlamentare, al parlamentarismo quale forma e declinazione specifiche della democrazia politica e rappresentativa. A mio giudizio, è essenzialmente in questa ottica che dovrebbe essere interpretato il nesso che Kelsen stabilisce tra principio maggioritario e la dialettica tra maggioranza e minoranza. La tirannia della maggioranza è, per Kelsen, ostacolata anzitutto dalla logica interna che egli ravvisa nel rapporto maggioranza-minoranza, una logica che egli descrive come perfettamente funzionale alla vita parlamentare: «Non esiste nella realtà sociale —leggiamo in un dei passi chiave di EVD2— un dominio assoluto della maggioranza sulla minoranza perché la volontà generale, formata secondo il principio di maggioranza, non si manifesta sotto forma di un *diktat* imposto dalla maggioranza alla minoranza, ma come il risultato dell'influsso che i due gruppi esercitano uno sull'altro, come risultante del cozzo degli orientamenti politici della loro volontà. Una dittatura della maggioranza sulla minoranza non è possibile, a lungo andare, per il semplice fatto che una minoranza, condannata a non esercitare, nel modo

⁷⁴ *Ibidem*: 99.

⁷⁵ *Ibidem*: 101.

⁷⁶ *Ibidem*: 102.

più assoluto, nessuna influenza, finirà col rinunciare alla sua partecipazione [...] alla formazione della volontà generale, togliendo con ciò alla maggioranza —che già per definizione non è possibile senza la minoranza— il suo carattere stesso di maggioranza»⁷⁷.

Il risultato altrettanto logico ed inevitabile che, per Kelsen, scaturisce dalla dialettica tra maggioranza e minoranza, appena descritta, è il medesimo che egli ha precedentemente individuato in EVD1, ossia la natura compromissoria dell'attività legislativa. Nel sistema democratico-parlamentare il carattere particolare del rapporto tra maggioranza e minoranza, che presuppone il principio maggioritario, si riflette nelle leggi che sono da intendersi come compromessi tra opinioni, interessi, visioni differenti⁷⁸.

In maniera ancora una volta analoga a EVD1, Kelsen indica nel proporzionale quel sistema elettorale sul quale deve necessariamente fondarsi una democrazia parlamentare, poiché soltanto esso —e giammai un sistema maggioritario— è funzionale ad un meccanismo decisionale che riconosce all'influsso della minoranza un ruolo fondamentale nella creazione delle leggi. Non è sufficiente riconoscere che la maggioranza esiste ed agisce nel parlamento nella misura in cui esiste una minoranza: le leggi infatti —osserva Kelsen— avranno un carattere tanto più compromissorio e quindi saranno tanto più espressione di una efficace integrazione quanto maggiore e più ampia sarà la rappresentanza, in seno all'organo legislativo, della varietà di interessi e visioni. Vorrei soffermarmi sul tema del proporzionale seguendo due linee di riflessione. Innanzitutto, la difesa del proporzionale in EVD2 rimanda altresì a quella del pluralismo partitico: le visioni, le idee, i progetti sono concretamente incarnati e difesi dai partiti politici che agiscono in parlamento e ai quali —soprattutto in EVD2— Kelsen riconosce un ruolo determinante nella creazione (indiretta) della volontà statale. La concezione democratica di Kelsen è infatti anche *partitica*, nella misura in cui i partiti sono, a suo giudizio, i soggetti protagonisti della vita parlamentare. Egli li ritiene così rilevanti che nel 1929 sembra ventilare la ipotesi di una loro trasformazione «in organi costituzionali della formazione della volontà dello Stato»⁷⁹.

Il riferimento ai partiti politici è molto significativo nella teoria politica kelseniana per due aspetti: da un lato, egli ritiene che il sistema proporzionale e la sua natura per così dire «pluralistica» siano intimamente legati alla realtà dei partiti politici; dall'altro, il riconoscimento della centralità dei partiti politici e la connessione appena ricordata tra questi e il sistema proporzionale presuppongono, in Kelsen, il deciso rifiuto di qualsiasi «mistica» del popolo quale soggetto unitario etico-politico. E ciò costituisce uno degli elementi di maggiore continuità nell'opera di Kelsen fin qui analizzata: dallo scritto del 1907 a EVD2⁸⁰. Nella realtà, osserva Kelsen, la vita politica è concretamente condotta da persone, individui, raggruppati in partiti, portatori di visioni, idee, progetti diversi, ossia di quella «diversità», varietà e pluralità, tipici del corpo sociale, e che poi in par-

⁷⁷ *Ibidem*: 104-105.

⁷⁸ *Ibidem*: 105-106.

⁷⁹ *Ibidem*: 110.

⁸⁰ Su questo aspetto si veda Gregorio, 2012: 80 ss.

lamento, attraverso la dialettica maggioranza-minoranza regolata dal principio maggioritario, finiranno per essere mediati⁸¹.

Al contempo, sul piano più propriamente storico-politico, la difesa del sistema proporzionale, che accomuna entrambe le edizioni di EVD, è in realtà un tema di lungo periodo nella produzione kelseniana e al quale il giurista comincia ad interessarsi seriamente già alla fine della prima guerra mondiale in rapporto alle concrete ed epocali trasformazioni politico-istituzionali che coinvolgono il suo paese. Nel 1918, all'indomani del crollo della Monarchia asburgica, una delle questioni più spinose con le quali si devono confrontare le forze politiche austriache (socialdemocratici, cristiano-sociali e nazionalisti) è proprio la scelta di un nuovo sistema elettorale per creare la Assemblea Costituente che dovrà decidere le sorti istituzionali e politiche della nazione. Ed è proprio su questo problema che interviene Kelsen con alcuni articoli⁸², fra i quali ricordo *Das Proportionalwahlssystem* (*Il sistema elettorale proporzionale*) —pubblicato per il giornale conservatore «Der oesterreichische Volkswirt»— e *Ein einfaches Wahlpropotionalsystem* (*Un semplice sistema proporzionale*) per la socialista «Arbeiter Zeitung», nei quali egli prende le difese del sistema proporzionale con una argomentazione che ritornerà pressocchè in maniera identica in EVD1 e poi in EVD2. Già nel 1918, egli parla della democrazia ideale richiamandosi al *Contratto sociale* di Rousseau e già allora egli vede nel meccanismo proporzionale lo strumento migliore per avvicinarsi all'ideale di autodeterminazione politica e dare maggiore forza alla minoranza contro le eventuali prevaricazioni della maggioranza⁸³.

Nei due articoli appena citati la giustificazione democratica del sistema proporzionale risulta però ben più centrale di quella per così dire liberale, forse come risposta ad un periodo storico in cui si stanno costruendo le fondamenta dell'Austria repubblicana e democratica dalle macerie della Monarchia austro-ungarica. Del resto, dal primo dei due articoli emerge una forte polemica nei confronti della vecchia riforma elettorale asburgica del 1907, che Kelsen critica perché non la ritiene coerentemente democratica⁸⁴. Essa infatti, a suo giudizio, ha continuato a mantenere in vita fino alla fine dell'Impero due componenti tipiche della tradizione cetuale austriaca, ossia il principio di maggioranza assoluta e la divisione del territorio in circoscrizioni elettorali disomogenee per numero di abitanti ed estensione⁸⁵. Negli articoli del 1918 Kelsen si fa quindi portavoce di un sistema elettorale e rappresentativo davvero nuovo per l'Austria post-bellica, democratico e proporzionale, che ponga fine a qualsiasi legame con il vecchio «Kuriensystem».

Se è vero quindi che, sul piano teorico, tra il 1918 e il 1929 Kelsen difende accanitamente la rappresentanza politica democratica, è altrettanto opportuno osservare come tale difesa venga elaborata e argomentata nel tempo contro bersagli

⁸¹ Kelsen, 1998 (1929): 62.

⁸² Gli altri due, che ripropongono sostanzialmente gli stessi temi e gli stessi toni sono: *Der Proporz im Wahlordnungsentwurf*, apparso su «Der neue Freie Presse» e *Das Proportionalwahlssystem*, apparso su «Der oesterreichische Volkswirt».

⁸³ Kelsen, 1918a: 116-117; Kelsen, 1918b: 1-2.

⁸⁴ Kelsen, 1918a: 116.

⁸⁵ Kelsen, 1918b: 2.

polemici storicamente definiti: il sistema elettorale e rappresentativo in vigore nella Monarchia austro-ungarica, quello sovietico e infine le forze conservatrici favorevoli ad una riforma in senso corporativo.

4. Il valore della democrazia... fino alle sue estreme conseguenze: da *Essenza e valore della democrazia* a *La difesa della democrazia* (1929-1932)

Finora mi sono soffermata sugli aspetti e le componenti che, per Kelsen, costituiscono l'essenza della democrazia politica: la rappresentanza parlamentare, il principio di maggioranza, il sistema proporzionale, la eguaglianza dei diritti politici, la dialettica maggioranza-minoranza che appaiono come procedure volte a creare la volontà statale, e che Kelsen sembra giustificare sia con argomenti riconducibili al pensiero democratico, sia a quello liberale. Tali procedure però non sono vuote: esse veicolano e presuppongono determinati valori, il valore della libertà, il valore del rispetto verso le altrui opinioni, il valore della pace sociale fondata sulla mutua tolleranza. Tuttavia, come evinciamo dalla lettura delle due edizioni di EVD, quegli stessi valori rimandano, per Kelsen, ad una particolare *Weltanschauung* che, a ben vedere, rappresenta essa stessa un altro importante, fondamentale valore che, a suo giudizio, caratterizza la democrazia politica, ossia il relativismo: «Il relativismo è la premessa filosofica del pensiero democratico. Questo offre perciò ad ogni convinzione politica la stessa possibilità di manifestarsi e di farsi valere nella gara per la conquista delle coscienze umane»⁸⁶.

Non è mia intenzione soffermarmi sui limiti e le debolezze concettuali insite in una simile definizione e difesa del relativismo⁸⁷, quanto sottolineare il legame —per me molto significativo— posto da Kelsen tra relativismo filosofico e tutela della minoranza, rispetto al quale egli individua una netta distinzione fra «relativismo filosofico e assolutismo filosofico»: la convinzione che esista la «conoscenza della verità assoluta e di valori assoluti» è, per Kelsen, propria di una particolare «attitudine politica», quella «assolutista» e «autocratica», ossia avversa ad ogni forma di pluralismo, a qualsiasi logica e pratica politiche che si fondino sul riconoscimento della minoranza e dei diritti fondamentali⁸⁸. Al contrario, secondo Kelsen, in democrazia la minoranza è riconosciuta politicamente non solo in virtù di quella che egli ritiene essere «l'essenza» del principio maggioritario, dei diritti fondamentali e del sistema proporzionale, ma anche in virtù di una concezione (relativistica) che, rifiutando verità assolute, vede nella politica l'incontro e il confronto tra visioni diverse: «Chi ritiene inaccessibili alla conoscenza umana la verità assoluta e i valori assoluti, non deve considerare come possibile soltanto la propria opinione, ma anche l'opinione altrui [...] Perciò la procedura dialettica adottata dalla Assemblea popolare o dal parlamento nella creazione delle norme, procedura che si svolge attraverso discorsi e repliche, è stata opportunamente riconosciuta come democratica»⁸⁹.

⁸⁶ Kelsen, 2004 (1920): 52.

⁸⁷ Su questo aspetto rimando a Pintore, 1999.

⁸⁸ Kelsen, 1998 (1929): 142-146.

⁸⁹ *Ibidem*: 148.

Tuttavia, Kelsen è perfettamente consapevole che la democrazia politica si fonda sul «dominio della maggioranza». Come conciliare quindi questo principio con il relativismo filosofico e politico? La risposta di Kelsen può essere considerata, a mio avviso, un tentativo di legare concettualmente insieme la riflessione che egli ha sviluppato sulle caratteristiche essenziali della democrazia e quella più propriamente valoriale: «Coloro che si appoggiano soltanto su di una verità terrena —scrive il giurista nel 1932— coloro per i quali la conoscenza umana assegna i fini sociali, possono giustificare l'uso inevitabile della costrizione per la realizzazione di questi scopi soltanto dietro consenso almeno della maggioranza di coloro a cui l'ordine costringitivo deve assicurare la felicità. E quest'ordine [...] deve essere organizzato in maniera tale che anche la minoranza, la quale non è completamente nell'errore né assolutamente priva di diritti, possa divenire [...] maggioranza»⁹⁰.

Il rifiuto di verità assolute è, per Kelsen, il presupposto filosofico e conoscitivo più profondo sotteso al dominio della maggioranza e alla dialettica tra maggioranza e minoranza, poiché esso gli appare fondamentalmente funzionale all'ordinamento democratico-rappresentativo, basato sulla inevitabile mediazione tra il principio di eteronomia e quello della libertà. Tuttavia, già nelle due edizioni di EVD, Kelsen cerca, a mio giudizio, di portare il suo ragionamento alle sue estreme conseguenze, cosa che effettivamente farà, come vedremo tra breve, nei primi anni '30. Alla fine del paragrafo dedicato a «Democrazia e concezioni di vita», sostanzialmente identico sia nella edizione del '20, sia in quella del '29, Kelsen cita il celebre episodio del Vangelo di S. Giovanni in cui Pilato condanna a morte Gesù dopo essersi rimesso alla volontà (maggioritaria) del popolo. Un racconto che, osserva Kelsen, potrebbe essere interpretato quale testimonianza dei rischi impliciti in qualsiasi procedura decisionale che si poggia sul principio maggioritario, ma che, in realtà, secondo lui, esprime in maniera efficace quanto la pratica realmente democratica rifugga dalla proclamazione di verità assolute: «Forse si obietterà, forse fra i credenti, i credenti politici, obietteranno che quest'ultimo parla piuttosto a sfavore che a favore della democrazia. E bisogna riconoscere il valore di tale obiezione; a condizione però che i credenti siano tanto sicuri della loro verità politica [...] quanto il figlio di Dio»⁹¹.

Il lapidario commento al celebre episodio della Vita di Gesù ci permette di cogliere indirettamente un problema: il rifiuto di qualsiasi verità assoluta quale componente filosofica della democrazia politica implica però, in Kelsen, la comprensione che dalla competizione e dal confronto tra idee e punti di vista differenti, che a suo giudizio caratterizzano nel profondo la vita democratica e parlamentare, possano emergere e imporsi una concezione o una ideologia anti-democratiche. Una consapevolezza che prende pienamente forma in *Verteidigung der Demokratie* (*La difesa della democrazia*), nel quale, a mio giudizio, Kelsen trae le conseguenze più radicali del suo ragionamento sulla democrazia politica e sul relativismo.

⁹⁰ *Ibidem*: 130-131.

⁹¹ *Ibidem*: 152.

A differenza di ciò che il titolo del saggio potrebbe evocare, in esso il giurista rinuncia a qualsiasi difesa forte dell'ordinamento democratico in un momento storico in cui, come egli ricorda, la dittatura sta diventando sempre più «la stella fulgente verso la quale si volgono le masse»⁹². Coerentemente con quanto affermato durante gli anni '20 sulla essenza e il valore della democrazia, Kelsen prende nettamente le distanze dall'ipotesi di una difesa emergenziale, perfino antidemocratica della democrazia. Infatti, se la democrazia politica riconosce la libertà politica, se si caratterizza per una visione relativista che riconosce a ciascun punto di vista di esprimersi, se si basa sul principio di maggioranza, e soprattutto se «rimane fedele a se stessa», ossia alle caratteristiche appena indicate, allora essa, secondo Kelsen, deve —paradossalmente— «sopportare anche un movimento volto alla distruzione della democrazia, deve garantire a questo movimento, come ad ogni altra convinzione politica, le stesse possibilità di sviluppo»⁹³.

In una prospettiva di storia del pensiero politico, il saggio del 1932 dovrebbe essere letto anche in rapporto alla celebre *querelle* che, proprio in quel periodo, coinvolge Kelsen e Carl Schmitt su *Der Hüter der Verfassung* (*Il custode della costituzione*). Nel saggio *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?* (*Chi dovrebbe essere il custode della costituzione?*), di poco precedente a *Difesa della democrazia*, Kelsen si oppone infatti all'idea, altresì teorizzata da Schmitt, che la protezione della costituzione debba essere affidata ad un unico soggetto, il Presidente della Repubblica, perché —diversamente da Schmitt— egli ritiene, in maniera perfettamente coerente con la sua visione pluralistica, liberale, sostanzialmente «consociativistica» della vita politica, che la costituzione sia il prodotto di un processo plurale, di incontro e mediazione fra forze e soggetti diversi e quindi che essa possa essere difesa soltanto in parlamento, con i rischi che ciò può comportare. In tal senso esiste una perfetta continuità tra *Chi deve essere il custode della costituzione* e *Difesa della democrazia*. Proprio in quest'ultima opera Kelsen sembra voler mostrare che cosa, sul piano più propriamente teorico-politico, significhi rimanere fedeli a quanto egli ha affermato sulla essenza e il valore della democrazia negli anni '20. In questa prospettiva, il saggio del '32 chiude idealmente, all'indomani della ascesa del regime nazista, la riflessione democratica di Kelsen così come essa ha preso forma nell'Europa del primo dopoguerra.

Si potrà —ed è stato fatto— obiettare che nelle opere kelseniane dedicate alla democrazia manchi del tutto una difesa effettiva, forte, convincente della democrazia, all'epoca esposta ad attacchi crescenti e sempre più violenti da parte di forze anti-sistema, intolleranti, ad essa avverse. La lettura di *Difesa della democrazia* rafforza questa impressione, anzi la esplicita nelle sue conseguenze più radicali.

Tuttavia, sulla base della analisi che abbiamo fin qui condotto, vorrei soffermarmi su due aspetti per me rilevanti: se proviamo a «leggere» i saggi kelseniani sulla democrazia in rapporto al contesto storico-politico nei quali essi radicano, noteremo come a tali opere sia sotteso un vero e proprio «dialogo» tra il loro autore e il suo tempo. Dalla prospettiva di storia del pensiero i saggi pubblicati

⁹² Kelsen, 2004 (1932): 77.

⁹³ *Ibidem*: 88.

tra il 1920 e il 1932 hanno una finalità politica ben precisa, ossia definire quelle che Kelsen ritiene essere le caratteristiche fondamentali dell'ordinamento democratico in opposizione ad una serie di ideologie e movimenti politici che, a suo giudizio, usano in maniera impropria il termine democrazia, palesando infine il loro vero intendimento, ossia la distruzione della democrazia stessa. Ed è proprio nel riconoscere come Kelsen orienti la propria riflessione politica verso particolari obiettivi polemici (il «neocomunismo» e il sistema sovietico in EVD1, il corporativismo di matrice fascista in EVD2) che, secondo me, possiamo cogliere non solo il legame tra la teoria politica kelseniana e il «suo» tempo ma anche il carattere più propriamente ideologico di tale teoria che è essenzialmente liberal-democratico.

Nel primo dopoguerra Kelsen è tra i principali esponenti della tradizione e del pensiero liberal-democratico, ossia di quella tradizione di pensiero che a partire dalla fine dell'800, e segnatamente con J. S. Mill, cerca una mediazione —termine che Kelsen avrebbe molto apprezzato— tra libertà e democrazia, che cerca di conciliare i diritti fondamentali con la sovranità del popolo⁹⁴.

Nelle opere che ho discusso, ho cercato di mettere in luce come Kelsen oscilli quasi costantemente tra una giustificazione della democrazia in nome del principio di autodeterminazione, o meglio di una sostanziale approssimazione ad esso, e una giustificazione più classicamente liberale che mette in guardia dalla pericolosa «tirannia della maggioranza».

Ad uno sguardo di insieme, però, tra le due componenti, ossia fra quella democratica e quella liberale, tende a prevalere la seconda e ciò potrebbe spiegare perché l'opera politica di Kelsen volta —contro il bolscevismo e poi contro il fascismo— a esaltare la bontà della pratica parlamentare, del sistema proporzionale, della dialettica maggioranza-minoranza, appaia più fragile e controversa quando ci poniamo il problema di come concretamente difendere la democrazia. Kelsen rifugge dalla difesa *à la* Schmitt⁹⁵ —e non potrebbe essere altrimenti— così come non teorizza in maniera compiuta una concezione coerentemente costituzionalistica della democrazia. Entrambi gli aspetti emergono in modo efficace, ad esempio, dalla giustapposizione, precedentemente richiamata, tra *Difesa della democrazia* e *Chi è il custode della costituzione*?

L'impressione è che Kelsen eviti di proporre una difesa *ad hoc* della democrazia, dei diritti che essa prevede, perché, da un punto di vista teorico-politico, egli rimane legato ad una sensibilità e ad una mentalità liberali, di un liberalismo per molti aspetti ottocentesco, il liberalismo dello stato legislativo di diritto. Kelsen infatti elabora una teoria della democrazia che dovrebbe trovare proprio nella vita parlamentare, nella dialettica parlamentare, nel confronto tra maggioranza e minoranza la sua difesa per così dire naturale e necessaria. E a questa visione è, a mio avviso, sottesa una mentalità, una *Weltanschauung* innegabilmente (vetero) liberale, poiché da liberale Kelsen vede nella politica uno spazio aperto al confronto, al dialogo, all'uso della capacità critica, alla razionalità. Del resto senza

⁹⁴ Mastellone, 1993: 103 ss.

⁹⁵ A riguardo il commento di Ragazzoni, 2013: 52.

una simile premessa l'intero edificio teorico costruito da Kelsen crollerebbe, la sua stessa difesa del relativismo poggia, a mio avviso, su una simile premessa. È vero che in Kelsen c'è il costante sforzo di distinguere la realtà politica dall'ideale, è vero che egli rifugge da consolanti immagini del popolo quale soggetto unitario, è vero che la sua teoria democratica, come ho precedentemente sottolineato, sembra possedere un disincanto che lo avvicina alla tradizione elitistica. Tuttavia, è altrettanto vero che la sua fiducia nella dialettica parlamentare e nella bontà del confronto ha un sapore innegabilmente ottimistico e ciò perché, secondo me, egli guarda ai «nemici» della democrazia parlamentare e alla stessa crisi dell'ordinamento democratico e della rappresentanza parlamentare con gli occhi di un liberale sostanzialmente rivolto all'Ottocento, sebbene dimostri una innegabile attenzione (in chiave anti-schmittiana) verso il problema di una garanzia giurisdizionale della costituzione.

Da liberale (ottocentesco) Kelsen parla di razionalità, confronto, capacità critica, e soprattutto da liberale (ottocentesco) pensa —ottimisticamente— che dalla pluralità di idee e convincimenti si possa giungere ad una decisione finale unitaria, nel concreto, a leggi che, nel loro contenuto, siano il risultato di compromessi e mediazioni. È entro questa sorta di «consociativismo» —mi si passi l'espressione— che Kelsen sembra ricondurre la salute e la difesa della democrazia, perfino nell'epoca, a lui contemporanea, in cui essa è sottoposta ad attacchi feroci ed estremi. Dinanzi a quegli attacchi egli sembra così rispondere che la soluzione alla crisi della democrazia parlamentare risiede proprio nel parlamento e nel parlamentarismo. Tale risposta prende corpo, in una prospettiva di storia del pensiero politico, attraverso un confronto critico e costante con alcune grandi concezioni politiche ed ideologiche del suo tempo e, al contempo, testimonia quanto profondamente Kelsen guardi a quella stessa crisi e cerchi di leggerla con gli strumenti concettuali di un liberale.

Bibliografia

- Barberis, M. (1981). *La norma senza qualità: appunti su «validità» in Kelsen*, «Materiali per una storia della cultura giuridica», 11, 2, 405-438.
- (1998). *Introduzione*, in H. Kelsen, *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 7-40.
- Baume, S. (2012). *Hans Kelsen and the Case for Democracy*, Bruxelles, ECPR.
- Bedeschi, G. (2016). *Storia del pensiero liberale*, Roma-Bari, Laterza.
- Bernstroof, J. (2010). *The Public International Law Theory of Hans Kelsen: Believing in Universal Law*, Oxford, Oxford University Press.
- Bobbio, N. (1981a). *Kelsen e il problema del potere*, «Rivista internazionale di filosofia del diritto», 58, 4, 549-570.
- (1981b). *Max Weber e Hans Kelsen*, «Sociologia del diritto», 1, 135-154.
- (1985). *Stato, governo, società: per una teoria generale della politica*, Torino, Einaudi.
- (1999). *Teoria generale della politica*, Torino, Einaudi.
- (2006). *Liberalismo e democrazia*, Milano, Simonelli.
- (2014). *Diritto e potere. Saggi su Kelsen*, Torino, Giappichelli.
- Brauneder, W. (1992). *Österreichische Verfassungsgeschichte. Einführung in Entwicklung und Strukturei*, Wien, Manz'sche Verlag.
- Capua de, R. (2003). *Kelsen e il problema della democrazia*, Roma, Carocci.

- Carrino, A. (1984). *L'ordine delle norme: politica e diritto in Hans Kelsen*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.
- (1987). *Kelsen e il problema della scienza giuridica*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.
- Caserta, M. (2005). *La forma e l'identità. Democrazia e costituzione in Hans Kelsen e Carl Schmitt*, Torino, Giappichelli.
- Chiassoni, P. (2016). *Da Bentham a Kelsen. Sei capitoli per una storia della filosofia analitica del diritto*, Torino, Giappichelli Editore.
- Costa, P., Zolo, D. (2002). *Lo Stato di diritto: storia, teoria, critica*, Milano, Feltrinelli.
- Demiray, M. (2015). *Natural Law Theory, Legal Positivism and Normativity of Law*, «The European Legacy», 20, 8, 807-826.
- De Ruggiero, G. (terza ed. 2003). *Storia del liberalismo europeo*, Roma-Bari, Laterza.
- Dyzenhaus, D. (2000). *Legality and Legitimacy: Carl Schmitt, Hans Kelsen, Hermann Heller in Weimar*, Oxford, Oxford University Press.
- Dreier, H. (1986). *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, Baden-Baden, Nomos Verlag.
- Ferrajoli, L. (2016). *La logica del diritto. Dieci aporie nell'opera di Hans Kelsen*, Roma-Bari, Laterza.
- Fioravanti, M. (1978). *Giuristi e costituzione politica nell'Ottocento tedesco*, Milano, Giuffrè.
- (1987). *Kelsen, Schmitt e la tradizione giuridica dell'Ottocento*, in G. Gozzi e P. A. Schiera (a cura di), *Crisi istituzionale e teoria dello Stato in Germania dopo la prima guerra mondiale*, Bologna, Il Mulino, 51-104.
- Frosini, V. (1988). *Saggi su Kelsen e Capograssi: due interpretazioni del diritto*, Torino, Giappichelli Editore.
- Gazzolo, T. (2016). *Essere/dover essere. Saggio su Kelsen*, Roma, Franco Angeli.
- Goyard-Fabre, S. (1993). *Kelsen e Kant: saggi sulla dottrina pura del diritto*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane.
- Greco, T. (2010). *Norberto Bobbio: un itinerario intellettuale tra filosofia e politica*, Roma, Donzelli.
- Gregorio, M. (2012). *Le dottrine costituzionali del partito politico. L'Italia liberale*, Firenze, FUP.
- Heller, H. (1927). *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats und Völkerrechts*, Berlin, De Gruyter.
- Herrera, C. M. (1996). *Théorie juridique et théorie politique dans le pensée de Hans Kelsen*, Paris, Kimé.
- (1997). *Le droit, la politique: autour de Max Weber, Hans Kelsen, Carl Schmitt*, Paris, L'Harmattan.
- Jellinek, G. (1892-1912). *Sistema dei diritti pubblici soggettivi*, tr. it., Milano-Napoli, Società Editrice libraria Roma.
- Kelsen, H. (1907). *Wählerlisten und Reklamationsrecht*, in M. Jestaedt (ed.) 2007, *Hans Kelsen Werke*, Bd1. *Veröffentliche Schriften (1905-10) und Selbstzeugnisse*, Tübingen, Mohr-Siebeck.
- (1911-1997). *Problemi fondamentali della dottrina del diritto pubblico*, tr. it., Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.
- (23-11-1918). *Das Proportionalwahlssystem*, «Der oesterreichische Volkswirt», 115-118.
- (24-11-1918). *Ein Einfaches Proportionalwahlssystem*, «Arbeiter Zeitung», 2-3.
- (1-12-1918). *Der Proporz im Wahlordnungsentwurf*, «Der neue Freie Presse», 3-4.
- (7-12-1918). *Das Proportionalwahlssystem*, «Der oesterreichische Volkswirt», 147-151.
- (1920). *Sozialismus und Staat. Eine Untersuchung der politischen Theorie des Marxismus*, Leipzig, L. C. Hirschfeld.

- (1920-2004). *Essenza e valore della democrazia*, tr. it., in Id. *Essenza e valore della democrazia*, Torino, Giappichelli.
- (1924-1998). *Il problema del parlamentarismo*, tr. it., in Id., *La democrazia*, Bologna, Il Mulino.
- (1926-2004). *Sociologia della democrazia*, tr. it., in Id., *Essenza e valore della democrazia*, Torino, Giappichelli.
- (1929-1981). *Le spinte alla riforma*, tr. it., in Id., *La giustizia costituzionale*, Milano, Giuffrè.
- (1929-1998). *Essenza e valore della democrazia*, tr. it., in Id., *La democrazia*, Bologna, Il Mulino.
- (1931). *Wer soll der Hüter der Verfassung sein?*, «Die Justiz», 6, 576-628.
- (1932-2004). *Difesa della democrazia*, tr. it., in Id., *Essenza e valore della democrazia*, Torino, Giappichelli.
- (1955-1998). *I fondamenti della democrazia*, tr. it., in Id., *La democrazia*, Bologna, Il Mulino.
- (2008). *Scritti autobiografici*, a cura di M. G. Losano, Modena, Diabasis.
- Lagi, S. (2007). *El pensamiento político de Hans Kelsen (1911-1920). Los orígenes de «De la esencia y valor de la democracia»*, Madrid, Biblioteca Nueva.
- Langford, P. (2015). *The Foundation of Juridico-Political. Concept Formation in Hans Kelsen and Max Weber*, New York, Routledge.
- Lijoi, F. (2013). *La positività del diritto. Saggi su Hans Kelsen*, Roma, Aracne.
- Losano, M. G. (1966a). *L'evoluzione della dottrina pura del diritto*, in H. Kelsen, *Dottrina pura del diritto*, Torino, Einaudi, XIII-CIII.
- (1966b). *Diritto e logica in Hans Kelsen*, «Il Politico», XXXI, 4, 812-821.
- (1981). *Forma e realtà in Kelsen*, Milano, Edizioni di Comunità.
- Luther, J. (2014). *La dottrina generale di Kelsen in Italia semper docet?*, in H. Kelsen, *La dottrina generale dello Stato* (ed. it.), Milano, Giuffrè, V-LI.
- Manning, D. J. (1976). *Liberalism*, London, Dent.
- Mastellone, S. (1987). *Storia del pensiero politico dal XIX al XX secolo*, Torino, UTET.
- (1993). *Storia della democrazia in Europa da Montesquieu a Kelsen*, Torino, UTET.
- Matteucci, N. (1955). *Democrazia e cultura in Hans Kelsen*, in H. Kelsen, *La Democrazia*, Bologna, Il Mulino.
- (2005). *Liberalismo*, Bologna, Il Mulino.
- Pazé, V. (2014). *La democrazia tra forma e sostanza*, «Diritto e questioni pubbliche», 14, 37-55.
- Pecora, G. (1995). *Il pensiero politico di Hans Kelsen*, Roma, Laterza.
- Pintore, A. (1999). *Democrazia senza diritti. In margine al Kelsen democratico*, «Sociologia del diritto», 2, 31-52.
- Portinaro, P. P. (2014). *Introduzione a Norberto Bobbio*, Roma-Bari, Laterza.
- Ragazzoni, D. (2013). *Carl Schmitt e Hans Kelsen: il problema della rappresentanza*, «Rivista di Filosofia», 1, 51-76.
- (2016). *Il Leviatano democratico: Parlamento, partiti e capi tra Max Weber e Hans Kelsen*, Roma, Storia e Letteratura.
- Rusconi, G. E., Cazzola, R. (1988). *Il caso Austria. Dall'Anschluss all'era Waldheim*, Torino, Einaudi.
- Schmitt, C. (1928). *Verfassungslehre*, Berlin, Duncker & Humblot.
- (1931/1981). *Il custode della costituzione*, tr. it., Milano, Giuffrè.
- Telmann, J. D. (ed.) (2016). *Hans Kelsen in America. Selective Affinities and the Mysterics of Academic Influences*, Zurich, Springer.
- Topitsch, E. (1982). *Ideologiekritik und Demokratietheorie neu Hans Kelsen*, Berlin, Duncker & Humblot.

- Treves, R. (1952). *Intorno alla concezione del diritto di Hans Kelsen*, «Rivista Internazionale di Filosofia del diritto», 3, 178-197.
- Troper, M. (1981). *Kelsen et la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique*, «Revue Internationale de Philosophie», 35, 138 (4), 518-529.
- (1985). *Hans Kelsen et la jurisprudence*, «Archives de Philosophie du Droit», 30, 86-94.
- Vinx, L. (2007). *Hans Kelsen's Pure Theory of Law. Legality and Legitimacy*, Oxford, Oxford University Press.
- Walter, R. (2004). *Hans Kelsen als Verfassungsrichter*, Wien, Manz Verlag.
- (2005). *La teoria di Kelsen. Contributi alla dottrina pura del diritto*, Torino, Giappichelli Editore.
- Weber, M. (1918). *Parlament und Regierung im neugeordneten Deutschland*, München-Leipzig, Duncker & Humblot.